

Verdediging : een onderzoek naar de normering van het optreden van advocaten in strafzaken

Citation for published version (APA):

Spronken, T. N. B. M. (2001). *Verdediging : een onderzoek naar de normering van het optreden van advocaten in strafzaken*. [Doctoral Thesis, Maastricht University]. Kluwer.
<https://doi.org/10.26481/dis.20010420ts>

Document status and date:

Published: 01/01/2001

DOI:

[10.26481/dis.20010420ts](https://doi.org/10.26481/dis.20010420ts)

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Samenvatting

In dit boek staat centraal op welke wijze het optreden van advocaten in strafzaken wordt genormeerd. Het onderzoek valt uiteen in drie delen. In het eerste hoofdstuk worden de denkbeelden over de rol en taak van de advocaat in strafzaken in Nederland in kaart gebracht. Dit gebeurt aan de hand van de discussie die door juristen (waaronder advocaten) en de wetgever vanaf het eind van de negentiende eeuw over de taak en rol van de strafrechtadvocaat is gevoerd. In het tweede hoofdstuk wordt geanalyseerd welke normen voor het optreden van de advocaat in strafzaken kunnen worden ontleend aan de strafprocessuele bepalingen en de daarop betrekking hebbende jurisprudentie. Wat de toepasselijke internationale verdragen betreft is met name aandacht besteed aan de jurisprudentie met betrekking tot het EVRM over de rol en functie van de advocaat in het strafproces. In het derde hoofdstuk komen het tuchtrecht en de gedragsregels aan de orde, die zijn onderzocht aan de hand van de tuchtrechtspraak over het optreden van advocaten in strafzaken. Tot slot zijn de strafprocessuele en gedragsrechtelijke normen met elkaar vergeleken en is bezien in hoeverre deze een consistent geheel vormen.

Bij de invoering van het Wetboek van Strafvordering in 1926 is een einde gemaakt aan de volstrekt rechteloze positie van de verdachte in het vooronderzoek, door hem in deze fase recht te geven op rechtsbijstand, op vrij verkeer met zijn raadsman en op kennisneming van processtukken. Aan de invoering van het nieuwe wetboek is een fundamentele discussie voorafgegaan over het belang en de betekenis van de verdediging in strafzaken. In deze discussie speelt de inquisitoire traditie van de Nederlandse strafrechtspleging die primair gericht is op waarheidsvinding een dominante rol. Velen zien de noodzaak van rechtsbijstand niet in, omdat de waarheidsvinding in handen is van een onafhankelijke en objectieve magistratuur, waarvan de integriteit buiten discussie staat en die ook tot taak heeft rekening te houden met de belangen van de verdachte. Men wil nog wel toegeven dat rechtsbijstand voor de waarheidsvinding nuttig kan zijn, maar dit aspect weegt nauwelijks op tegen de dreiging dat de advocaat de waarheidsvinding kan belemmeren. Dat de verdachte in het Wetboek van Strafvordering van 1926 meer waarborgen en rechten krijgt zich te verdedigen, is het gevolg van de in die periode, ook in parlementaire kringen, aan gezag winnende opvatting, dat voor een evenwichtige waarheidsvinding tegenspraak mogelijk moet zijn. In deze visie is rechtsbijstand noodzakelijk ter voorkoming van onterechte veroordelingen. De bescherming van de belangen van de verdachte wordt als een blijk van beschaving en dus ook als een publiek belang gezien. Daarbij wordt veelvuldig verwezen naar de Angelsaksische op fairness gebaseerde open, mondelinge en onmiddellijke procedure.

Het verschil in benadering van de wijze waarop de waarheidsvinding in het strafproces tot stand zou moeten komen – door een onderzoek van overheidswege of in een contradictoire procedure waarop ook de verdachte invloed kan uitoefenen

– werkt door in de opvattingen over de taak die de advocaat in het strafproces heeft. De partijdigheid van de advocaat is hierbij een heikel punt. De voorstanders van een contradictoire procedure zien in de partijdigheid een waarborg voor een tegensprekelijk debat, waardoor de rechter zich een evenwichtiger oordeel kan vormen. Daarbij is het niet relevant of de advocaat op de hoogte is van de eventuele schuld van zijn cliënt. De advocaat mag twijfel zaaien over het bewijs, ook als de verdachte schuldig is. Het is immers de rechter die over de schuld moet oordelen en niet de advocaat. De aanhangers van de inquisitoire traditie leggen bij hun opvattingen over de taak van de advocaat de nadruk op de onafhankelijkheid en objectiviteit van de raadsman ten opzichte van zijn cliënt en zien alleen hierin een legitimatie voor het optreden van de advocaat. De partijdigheid van de advocaat is beperkt tot het in het belang van de verdachte erop toezien dat wettelijke bepalingen worden nageleefd en tot het voorzien van de rechter van informatie die ten gunste van de verdachte kan werken. In deze opvatting mag de advocaat op geen enkele wijze meewerken aan de vrijspraak van een schuldige verdachte. Dat de mogelijkheid tot tegenspraak de kwaliteit van de rechterlijke beslissing kan bevorderen, wordt, gelet op het vertrouwen dat men in de rechterlijke autoriteiten stelt, bijna als een belediging voor de magistratuur opgevat.

Op het moment van invoering van het Wetboek van Strafvordering in 1926 is het hoogtepunt van de contradictoire en liberale, op de individuele rechten van de verdachte gerichte, stroming, die gezorgd heeft voor de opwaardering van de positie van de verdediging, al voorbij. De traditionele inquisitoire praktijk blijft ondanks het gewijzigde Wetboek van Strafvordering de boventoon voeren. Daar komt nog bij, dat onder invloed van het totalitaire politieke klimaat in de jaren dertig, de rechten van de verdachte onder druk komen te staan en de weerstand tegen een partijdige verdediging sterker wordt. In deze tijd ontstaan ook de ideeën over een van overheidswege aangestelde ambtelijke verdediger die een publieke functie heeft en bij de uitoefening van zijn taak ook het algemeen belang nastreeft: de verdediger als magistraat en staatsorgaan. Deze ambtelijke verdediger zou tegenover de verdachte een objectieve houding moeten aannemen. Alhoewel een dergelijke verregaande verambtelijking van de verdediging weinig weerklank vindt, blijft de opvatting dat ook de advocaat in strafzaken het algemeen belang moet nastreven en daarin een eigen publieke verantwoordelijkheid heeft, opgeld doen. Zo wordt van de balie verwacht dat ook voor de advocaat het belang dat schuldigen worden bestraft voorop dient te staan en dat de rechten van de verdediging moeten worden angewend om de waarheid aan het licht te brengen en niet om de betrokken cliënt vrij te krijgen. Ook zou de advocaat geen verweren mogen voeren waarvan hij weet dat deze feitelijk niet juist zijn en waardoor het recht zijn loop niet kan hebben of waardoor aan derden nadeel wordt toegebracht. Als de advocaat twijfelt aan de juistheid van feitelijke mededelingen van zijn cliënt, is hij verplicht de feiten te controleren. Al zijn er binnen de balie ook advocaten die vasthouden aan de liberale uitgangspunten van een partijdige verdediging, een actieve verdediging in strafzaken lijkt niet van de grond te komen. Dit komt voornamelijk doordat de advocatuur niet in de verdediging in strafzaken is geïnteresseerd.

Tegen het einde van de jaren zestig hebben de veranderingen binnen het politieke klimaat en de brede maatschappijkritiek op de overheid ook hun weerslag op het

strafrecht en de positie van de verdediging daarin. Binnen het strafrechtelijk denken ontstaan twee stromingen die min of meer elkaar tegenpolen vormen: het functionalisme of instrumentalisme waarin het strafrecht wordt gezien als een van de maatschappelijke sturingsinstrumenten en een stroming die de nadruk legt op het belang van rechtsbescherming en als zodanig een tegenwicht vormt van het functionele denken. De persoon van de verdachte/dader komt meer centraal te staan: in de functionele richting met het oog op resocialisering en in de richting die de nadruk legt op rechtsbescherming met het oog op de emancipatie van de burger en het respect voor diens individuele vrijheid. In beide stromingen wordt van de advocaat in strafzaken een actievere inbreng verwacht, dan tot dan toe het geval is geweest. De functionele benadering gaat uit van de ultimum remedium-functie van het strafrecht. De advocaat moet zich meer richten op doelmatigheidsaspecten en straftoemetingsvragen. Zonodig moet hij het aan het recht ten grondslag liggende normen- en waardestelsel ter discussie stellen, als dit te ver verwijderd is van de maatschappelijke realiteit. Voor deze taak is een onafhankelijke houding ten opzichte van de overheid en de andere procesdeelnemers noodzakelijk, evenals een andere organisatie van het werkverband, de opleiding en de honorering van de advocaat. Specialisering wordt onontbeerlijk geacht. Naast deze functionele benadering – en min of meer ook daartegenover – wint de opvatting terrein, dat de grondslag van de taak van de advocaat vooral gezocht moet worden in de bescherming van de individuele vrijheid van de verdachte, die de kans moet krijgen in het strafproces zijn eigen waardepatroon en belevingswereld aan de orde te stellen en zoveel mogelijk de vrijheid moet krijgen om zijn eigen procespositie te bepalen. Daarom moet de advocaat zich richten op de bewaking van de procedurele normen in het strafproces, die de individuele vrijheid van de verdachte beschermen. Deze taakopvatting heeft ook implicaties voor de verhouding tussen advocaat en cliënt. Niet de advocaat bepaalt wat goed is voor de cliënt en welke strategie het beste gevoerd kan worden, maar de cliënt is dominus litis en beslist, nadat hij door zijn advocaat is voorgelicht over alle (procedurele) aspecten en mogelijkheden in zijn zaak, over de te voeren verdediging. Deze laatste taakopvatting is dominant bij de verdedigers die optreden in politieke strafzaken.

De aandacht voor individuele rechtsbescherming heeft ook zijn weerslag op de procespositie van de verdachte in het vooronderzoek, die in deze periode wordt versterkt door de herziening van de regeling van voorlopige hechtenis en het invoeren van de piketdienst, waardoor aan iedere verdachte die in verzekering wordt gesteld een advocaat wordt toegevoegd. Intensief is er gediscussieerd over de vraag of de verdachte ook recht heeft op rechtsbijstand tijdens het politieverhoor. Ondanks de erkenning dat het zwaartepunt van het strafproces, met name door de toelating van de auditu-bewijs, in toenemende mate is verschoven naar het vooronderzoek en het politieverhoor van de verdachte een essentiële fase is in de verdere vervolging, blijkt rechtsbijstand bij het politieverhoor een brug te ver. Halverwege de jaren tachtig komt een einde aan de "due process" lente van de jaren zeventig, waarin de rechtsbescherming van de verdachte in het middelpunt van de belangstelling staat. Er komt een omslag in de criminele politiek en de criminaliteitsbestrijding gaat de boventoon voeren, waardoor de rechtsbescherming onder druk komt te staan. De zelfstandige betekenis van strafprocesuele

waarborgen als normering van overheidsingrijpen, oftewel de rechtstatelijkheid van het strafproces, is echter een factor, die de positie van de verdediging blijvend heeft versterkt. Langzaamaan ontstaat een gespecialiseerde strafrechtadvocatuur, waarin kennis en vaardigheden worden ontwikkeld die nodig zijn om een volwaardiger tegenspel te bieden aan het OM. De strafrechtadvocatuur wordt professioneler en maakt volop gebruik van processuele verweren, die vanaf de jaren zeventig mede door een actieve en kritische opstelling van advocaten en de invloed van het EVRM in de Nederlandse strafpraktijk, zijn uitgebreid. Deze accusatoire tendensen stuiten op weerstand in de nog steeds inquisitoir georiënteerde strafrechtspleging. De rechter betoont zich steeds minder een ambtshalve hoeder van de belangen van de verdachte, hoewel hij de relatief zwakke processuele positie van de verdediging zou moeten compenseren. De verdachte, en vooral diens advocaat, moeten een actieve proceshouding aannemen, willen rechten die aan processuele waarborgen verbonden zijn, niet worden verspeeld. De assertiviteit van de zijde van de raadslieden en de gelijktijdige opleving van de criminaliteitsbestrijding zorgen voor een zekere polarisering en verharding. Daarbij speelt de toegenomen aandacht voor het strafrecht in de media in een tijdperk waarin beeldvorming bij het publiek een onmiddellijke politieke impact en commercieel belang heeft, een belangrijke rol. Er worden vraagtekens gezet bij de ethiek van de partijdigheid van de advocaat, die openlijk belijdt geen boodschap te hebben aan de materiële waarheidsvinding, voorzover deze niet in het voordeel is van zijn cliënt. Ethische vraagstukken worden zowel binnen als buiten de advocatuur een 'hot issue'. Centraal staat hierbij de vraag of de advocaat ook rekening heeft te houden met het publieke belang van een effectieve rechtspleging.

Uit de analyse van normen die voor het optreden van de advocaat in strafzaken kunnen worden ontleend aan de strafprocessuele bepalingen blijkt dat het Wetboek van Strafvordering geen expliciete inhoudelijke normen bevat, voor de wijze waarop de verdediging moet worden gevoerd. Het wetboek bevat een stelsel van rechten en bevoegdheden waarvan de verdediging naar eigen inzicht gebruik kan maken. Kenmerkend voor dit stelsel is dat de verdachte het recht heeft zichzelf te verdedigen en dat de bevoegdheden hiertoe ook primair aan de verdachte worden toegekend. De bevoegdheden van de raadsman zijn daarvan afgeleid. Kenmerkend is verder dat vrijwel alle verdedigingbevoegdheden in het vooronderzoek kunnen worden beperkt als het belang van het onderzoek zich tegen uitoefening hiervan verzet. Het Wetboek van Strafvordering deelt de raadsman voorzover het gaat om de uitoefening van de, van de verdachte afgeleide, verdedigingsrechten of bevoegdheden geen eigen verantwoordelijkheid toe. Het uitgangspunt dat de verdachte dominus litis is en steeds bevoegd is zelfstandig de hem toekomende bevoegdheden uit te oefenen en het gegeven dat de verdachte niet hoeft mee te werken aan zijn eigen veroordeling, brengen met zich, dat de raadsman in zijn functie als partijdige belangenbehartiger geen verplichtingen heeft rekening te houden met opsporings- of vervolgingsbelangen of belangen van een efficiënte rechtspleging. Daar waar onderzoeks- of efficiency-belangen in het gedrang komen wordt afgeweken van de bovenomschreven structuur van toekenning van bevoegdheden aan de verdediging. Zo worden soms bevoegdheden van de verdachte uitsluitend aan de raadsman toegekend. Dit blijkt uit uit-

zonderingen die in de jurisprudentie worden gemaakt op het uitgangspunt dat de verdachte recht heeft op kennisneming van de processtukken, de regeling van het horen van anonieme getuigen, de wettelijke regeling van verdediging van de afwezige verdachte en de verplichte procesvertegenwoordiging en schriftuur in cassatie.

Naast van de verdachte afgeleide bevoegdheden worden aan de raadsman in het Wetboek van Strafvordering ook zelfstandige rechten en bevoegdheden toegekend die verbonden zijn aan zijn rol van verdediger, namelijk het recht op vrij verkeer en het verschoningsrecht. Bij de uitoefening van de hiermee verbonden bevoegdheden heeft de advocaat, in tegenstelling tot bij de afgeleide bevoegdheden, wel een zelfstandige verantwoordelijkheid. Hij mag van deze bevoegdheden geen misbruik maken.

Het recht op vrij verkeer houdt een recht op vertrouwelijke communicatie in. Het toezicht en de regulering van het verkeer tussen de raadsman en zijn cliënt mogen contacten niet onmogelijk maken en de vertrouwelijkheid van deze contacten niet aantasten. In de praktijk en in de penitentiaire regelgeving zijn de afgelopen 20 jaren de mogelijkheden van bezoek en telefonisch contact in toenemende mate beperkt en ondergeschikt gemaakt aan de interne organisatie van de penitentiaire inrichting. Bovendien is het toezicht verscherpt. Een gevolg van de toenemende controle is dat de vertrouwelijkheid van de contacten tussen de raadsman en zijn gedetineerde cliënt onder druk komt te staan.

Het professionele verschoningsrecht moet een cliënt de garantie bieden dat alles wat de advocaat in het kader van de rechtsbijstandverlening te weten komt, vertrouwelijk blijft. Het verschoningsrecht en de daarmee verbonden geheimhoudingsplicht worden in Nederland niet alleen in het belang geacht van de individuele rechtzoekende. Het is ook een publiek belang dat burgers zich vrijelijk kunnen wenden tot een advocaat, zonder angst voor openbaarmaking van hetgeen zij de advocaat toevertrouwen en hetgeen de advocaat in het kader van zijn bijstand te weten komt. Dit publieke belang brengt met zich dat de advocaat een eigen verantwoordelijkheid heeft bij de uitoefening van het verschoningsrecht. Een cliënt kan hem van deze verantwoordelijkheid niet ontheffen. De in het Wetboek van Strafvordering opgenomen waarborgen tegen inbreuken op het beroepsgeheim worden door recente wetgeving met betrekking tot het toepassen van bijzondere opsporingsbevoegdheden en de Europese regelgeving ter bestrijding van het witwassen in toenemende mate ondergeschikt gemaakt aan het belang van de waarheidsvinding.

Van de internationale strafprocessuele normen zijn met name de artikelen 6 en 8 EVRM van belang voor de verdediging. In zijn algemeenheid kan worden geconcludeerd dat de positie van de raadsman in het Nederlandse strafproces in de pas loopt met de vereisten die daaraan in de Straatsburgse jurisprudentie worden gesteld. Ten aanzien van sommige aspecten is echter een andere c.q. afwijkende benaderingswijze zichtbaar. Het EHRM toetst of de verdedigingsrechten effectief kunnen worden uitgeoefend en heeft daardoor een minder formalistische benadering dan in de Nederlandse strafrechtspleging gebruikelijk is. Dit komt tot uitdrukking bij: het aanvangsmoment van het recht op rechtsbijstand; de verdedigingsmogelijkheden bij verstek; de toekenning van verdedigingsbevoegdheden

uitsluitend aan de raadsman; de verplichte vertegenwoordiging in cassatiezaken en de beperkingen van het recht op vrij verkeer en van het verschoningsrecht. In het derde hoofdstuk is de tuchtrechtelijke jurisprudentie onderzocht met betrekking tot het optreden van advocaten in strafzaken. De rechtsbijstand die advocaten aan hun cliënten verlenen wordt inhoudelijk genormeerd door artikel 46 Advocatenwet en de hierop gebaseerde tuchtrechtspraak en gedragsregels. De primaire functie van de advocaat is het verlenen van advies en bijstand aan cliënten. Centrale uitgangspunten zijn daarbij: principiële partijdigheid, het waarborgen van de vertrouwensrelatie, kwalitatief goede dienstverlening en het ondersteunen van een goede rechtsbedeling. Wat de normering van het optreden van advocaten in strafzaken betreft zijn de belangrijkste conclusies die uit het tuchtrecht getrokken kunnen worden, dat het strafvorderlijke uitgangspunt dat de verdachte in de relatie met zijn advocaat *dominus litis* is, in het tuchtrecht niet helder tot uitdrukking komt. Verder loopt de tuchtrechtspraak aan de leiband van de strafvorderlijke waarheidsvinding. De raadsman dient zich in zijn algemeenheid te onthouden van alles wat redelijkerwijs de rechtmatige waarheidsvinding door justitiële autoriteiten nadeel zou kunnen berokkenen. Deze regel geldt in versterkte mate als de verdachte cliënt in verzekering is gesteld of in voorlopige hechtenis zit. Als aan de verdachte bovendien door de officier van justitie of de rechter-commissaris alle beperkingen zijn opgelegd, dan dient de advocaat zich te onthouden van iedere gedraging die indruist tegen het doel dat door de oplegging van de beperkingen wordt beoogd. Doorslaggevend voor de tuchtrechter is in dit soort situaties niet het verdedigingsbelang, maar het belang van het in stand houden van de privileges van de advocatuur bij de verdediging in strafzaken en het belang dat het vertrouwen in de advocatuur niet wordt geschaad. Voor het optreden ter terechtzitting, de contacten met de media en het gebruik van procedurele middelen geldt in de tuchtrechtspraak echter het uitgangspunt van de vrijheid van de verdediging. Advocaten wordt een grote vrijheid toegekend de verdediging te voeren op een wijze die hen goedgeeft en er wordt niet snel aangenomen dat hierbij de grenzen van het toelaatbare worden overschreden.

In de slotbeschouwing wordt geconcludeerd dat de plaats, die de advocaat in het strafproces inneemt, bepaald wordt door de aard en de structuur van het strafproces zelf. De Nederlandse strafrechtspleging bevat, in overeenstemming met de Europese continentale traditie, veel inquisitoire elementen. Het strafproces is een onderzoek naar de materiële waarheid onder leiding van de opsporende, vervolgende en rechterlijke instanties, waarin op de verdachte dwangmiddelen kunnen worden toegepast om de waarheid aan het licht te brengen. Het meer op tegenspraak gestoelde eindonderzoek ter terechtzitting fungeert nauwelijks als forum voor waarheidsvinding maar eerder als evaluatie en controle van het onderzoek naar de feiten dat voorafgaande aan de terechtzitting heeft plaatsgevonden. De advocaat kan in het proces van waarheidsvinding slechts een marginale rol spelen en vaak niet meer doen dan de rechtmatigheid van de toegepaste dwangmiddelen controleren en de verdachte (moreel) ondersteunen op momenten dat deze niet gehoord wordt. In het vooronderzoek wordt de advocaat op kritieke punten geweerd. Over de taak van de advocaat in het strafproces, die vrij consequent wordt omschreven als het verlenen van rechtsbijstand en persoonlijke steun aan de ver-

dachte en het uitoefenen van controle op de naleving van de strafprocessuele regels, bestaat op zichzelf niet zoveel verschil van mening. Met name de wijze waarop deze taak wordt vervuld, zorgt voor de nodige discussies. Een steeds terugkerend thema hierbij is het spanningsveld tussen de partijdigheid van de advocaat en het belang van een efficiënte strafrechtspleging waarin de materiële waarheidsvinding voorop staat. Enerzijds wordt erkend dat zonder partijdigheid geen effectieve verdediging kan plaatsvinden, anderzijds vormt de partijdigheid van de advocaat, gezien vanuit het overheidsperspectief, een bedreiging. De advocaat is de enige professionele procesdeelnemer, wiens taak gedomineerd wordt door een eenzijdige belangenbehartiging. Dat betekent dat voor de advocaat niet de waarheidsvinding voorop staat, maar het belang van de verdachte. De assertievere houding van strafrechtadvocaten en de noodzakelijke procedurele marge die de verdediging op grond van de Straatsburgse jurisprudentie moet worden gelaten, om het recht van de verdachte op een eerlijk proces te kunnen effectueren, hebben geleid tot constructies die het doel hebben de 'schade' voor de materiële waarheidsvinding en het efficiënt verloop van het strafproces, te neutraliseren. Als een beperking van een verdedigingsrecht niet verenigbaar is met het recht op een eerlijk proces, dan wordt de uitoefening van dit verdedigingsrecht voorbehouden aan de raadsman. Hierbij wordt de fictie gehanteerd dat de raadsman deze bevoegdheden in de plaats van de verdachte kan uitoefenen. Een andere 'oplossing' is dat het verdedigingsbelang wordt geobjectiveerd en beperkt. Het gevolg hiervan is, dat de raadsman in een schizofrene positie wordt gemanoeuvrerd, doordat hij min of meer gedwongen wordt rekening te houden met het algemeen belang van opsporing en vervolging, hetgeen in strijd is met zijn functie als partijdige belangenbehartiger. Ook de bevoegdheden die gerelateerd zijn aan de verdedigersrol van de advocaat, het vrij verkeer en het verschoningsrecht, worden ondergeschikt gemaakt aan het onderzoeksbelang. Het vrij verkeer moet in de beginfase van het onderzoek tijdens de politieverhoren plaats maken voor de voortgang van de verhoren en het verschoningsrecht is door de invoering van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden in het belang van een effectieve opsporing nauwelijks meer met effectieve waarborgen omgeven.

In de slotbeschouwing wordt een aantal aanbevelingen gedaan die de innerlijke consistentie van het systeem van toekenning van bevoegdheden aan de verdachte en zijn raadsman ten goede moet komen. Erkend moet worden dat de verdachte en de raadsman verschillende processuele functies hebben. Het recht van de verdachte om zichzelf te verdedigen en het recht zich te laten bijstaan door een raadsman zijn geen inwisselbare alternatieven. Beide vormen van verdediging hebben een eigen functie en vullen elkaar aan. Verder dienen aan de raadsman geen bevoegdheden te worden toegekend die niet aan de verdachte toekomen. Dit uitgangspunt is niet alleen van belang voor de handhaving van het recht van de verdachte zijn eigen processtrategie te bepalen, maar ook voor de instandhouding van de vertrouwensrelatie tussen de verdachte en zijn raadsman. Tevens kan dan worden voorkomen dat de bevoegdheidsuitoefening door de raadsman als 'alibi' gaat fungeren in die zin, dat wordt aangenomen dat aan de rechten van de verdediging voldoende tegemoet is gekomen als deze door de raadsman worden uitgeoefend. Het recht op bijstand van de verdachte moet duidelijker in de wet worden vastgelegd in die zin dat de verdachte steeds wanneer hij daartoe behoefte heeft

contact kan opnemen en kan overleggen met zijn raadsman en vice versa. Het onderzoeksbelang mag daarbij geen argument zijn de verdachte bijstand te onthouden. De procedurele bescherming van het beroepsgeheim dient te worden verbeterd. In de gedragsregels dient duidelijker tot uitdrukking te komen dat de verdachte in het strafproces in de verhouding tot zijn raadsman *dominus litis* is. Tot slot wordt gepleit voor een Statuut voor de verdediging, waarin de kern van de taak van de advocaat in het strafproces, die is gelegen in het waarborgen van de *vrijheid* van de individuele verdachte om voor zijn belang op te komen als de centrale richtsnoer wordt genomen voor de uitwerking van de meer specifieke taken en verplichtingen van de raadsman. Deze dienen een consistent geheel te vormen met de uitgangspunten die ten grondslag liggen aan het Wetboek van Strafvordering en de mensenrechtenverdragen.

Summary

This study focuses on the regulation of the role and function of Dutch criminal defence counsel. It is composed of three parts. Chapter 1 describes the ideas and views on his role and duties from the end of the nineteenth century onwards. Chapter 2 offers an analysis of the norms relating to the defence counsel's role, which can be inferred from the provisions of criminal procedure and relevant case law. As regards the applicable treaties, attention is paid in particular to case law based on the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) regarding the role and function of defence counsel. Chapter 3 deals with disciplinary law and rules of conduct. For this purpose, case law in disciplinary cases involving criminal defence counsel was investigated. Finally, a comparison is made between the norms pertaining to criminal procedure and those of the rules of conduct. The question of consistency of norms is also examined here.

The introduction in 1926 of the Dutch Code of Criminal Procedure put an end to the situation in which the alleged offender was deprived of legal protection during preliminary investigations. The Code granted him the right to legal assistance, access to counsel and the right to examine the case file during this preliminary phase. A fundamental discussion on the importance and meaning of criminal defence had preceded these changes. The inquisitorial character of Dutch criminal process, primarily aimed at uncovering the truth, played a dominant role in the discussion. Many failed to acknowledge the need for legal assistance by counsel, because it was felt that the search for the truth was the domain of the judiciary, which was independent and objective and whose integrity was beyond question. It also had to take the alleged offender's interests into account. Although it was conceded that the search for the truth could benefit from assistance by counsel, this aspect carried hardly any weight compared to the fear that counsel would frustrate the search for the truth. Under the 1926 Code of Criminal Procedure, alleged offenders were given more guarantees in defending themselves. This was a result of the growing belief, also in parliamentary circles, that contradiction should be possible during the preliminary investigation phase to strike a balance in the search for the truth. In this view, legal assistance was necessary to prevent unjust convictions. The protection of the alleged offender's interests was seen as an element of civilised society and therefore as a public good. In this context, frequent reference was made to Anglo-Saxon oral and immediate proceedings. These were conducted in open court and based on the principle of fairness. The difference in approach towards the search for the truth in criminal proceedings – whether through investigation by the authorities or in adversary proceedings which the alleged offender was able to influence – also affected the perception of defence counsel's role. His partiality was a thorny issue. Advocates of adversary proceedings considered partiality a safeguard for a debate based on contradiction.

It would enable the judge to arrive at a more balanced judgment. Irrelevant was whether counsel for the defence knew whether his client was guilty. Counsel could question the evidence, even where the defendant was guilty, since the question of guilt was decided by the judge. The proponents of the inquisitorial tradition emphasised counsel's independence and objectivity towards his client and viewed these as the sole justification for counsel's actions. Counsel's partiality was limited to defending his client's interest, which was that the law was observed, and providing the judge with information, which could benefit his client. In this view, counsel was in no way to co-operate in the acquittal of a guilty client. The assumption that contradiction might improve the quality of legal decision-making was almost seen as an insult to the judiciary, considering the trust that was placed in the judicial authorities.

When the Dutch Code of Criminal Procedure was introduced in 1926, the more liberal movement, seeking to promote adversary proceedings and the individual rights of the alleged offender and responsible for the upgrading of the position of defence counsel, had already passed its peak. In spite of the amendment to the Code of Criminal Procedure, the traditional and inquisitorial practice continued to prevail to the detriment of the alleged offender's rights. As a result of the political totalitarian climate of the nineteen-thirties, opposition grew against *ex-parte* defence. During this period, the idea of an official defender appointed by the authorities emerged. His office would be a public office and, in the exercise of this office, he would also take to heart the public good. In other words: defence counsel was to become a judicial officer and organ of the State. The official defender was supposed to act objectively towards the alleged offender. Although such far-reaching officiation of the defence in criminal cases did not enjoy much support, a popular view was that defence counsel should also work for the public good and be publicly accountable. The Bar was expected to adhere to the principle that defence counsel must give priority to the aim of punishing the guilty and that the rights of the alleged offender and his counsel had to be deployed to uncover the truth rather than for the purpose of trying to get the client acquitted. Nor should counsel put forward a defence which he knew to be factually incorrect and which did not serve justice, one which could harm third parties or the legal order. If counsel doubted the correctness of his client's factual communications, he was to check the information. Although there were those within the Bar, who stuck by their liberal views of an *ex-parte* defence; an active defence in criminal cases did not seem to catch on. The main reason for this was that the Bar was not interested in defending criminal cases.

Towards the end of the sixties of the past century, changes in the political climate and broadly based social criticism of public authority also had their effect on criminal law and the position of the alleged offender and his counsel. Two schools of thought on criminal law emerged, which were more or less opposites. The first was functionalism, or instrumentalism, in which criminal law was perceived as one of the social steering instruments; the second emphasised the importance of legal protection, thus counterbalancing the functional view. The person of the (alleged) offender received a more central position: in the functional view, through rehabilitation; in the view stressing legal protection, through citizen emancipation and respect for individual freedom. In either view, criminal defence counsel was

supposed to play a more active role. The functional approach departed from criminal law as a last resort. Counsel was to take more notice of effectiveness and questions of sentencing. Where the system of norms and values underlying the law was too far removed from social reality, he was, where necessary, to expressly question it. These responsibilities called for both an independent attitude towards public authority and the other parties involved in the proceedings, and a different mode of practice, training and remuneration of counsel. Specialisation was seen as indispensable. Simultaneously and more or less opposite the functional approach the view took root that the core of defence counsel's task was to protect his client's individual freedom and the opportunity to present his own value pattern and perception, thus affording him maximum freedom to determine his own position at trial. For this reason, counsel had to concentrate on guarding those standards of criminal procedure, which protected his client's individual freedom. This approach also had an impact on the attorney-client relationship. Not the attorney decided what was best for his client and what strategy should be followed. It was the alleged offender himself, as *dominus litis*, master of the proceedings, who decided, after having been informed by counsel of all the (procedural) aspects and possibilities pertaining to his case and the defence to be conducted. As a rule, this approach was taken by lawyers acting for clients in criminal cases of a political nature.

Attention to individual legal protection also reflected on the alleged offender's position during preliminary investigations. During this period, a review of the rules governing preliminary detention and the introduction of the equivalent of a duty solicitor scheme, assigning counsel to each suspect who was placed in police detention, strengthened his position. The question as to whether the alleged offender had a right to legal assistance during police questioning was hotly debated. Although it was acknowledged, particularly as a result of allowing hearsay evidence, that the focal point of criminal proceedings was gradually shifting towards the preliminary investigation phase and that police interrogation was essential to further prosecution, legal assistance during police questioning proved to be a bridge too far.

In the middle of the eighties, the "due process" spring of the seventies, in which legal protection of the alleged offender had become the focus of attention, came to an end. Criminal politics changed drastically in the sense that crime fighting became the main issue. As a result, legal protection came under pressure. The autonomous meaning of procedural guarantees as the regulation of government interference, in other words the rule-of-law aspect of criminal proceedings, was a factor, however, which in any case had strengthened the position of the alleged offender and his counsel. Slowly but surely, a specialised criminal Bar emerged, which developed the necessary knowledge and skills to enable them to be a worthy opponent to the Public Prosecutor's Office. The criminal Bar became more professional, making full use of defences based on procedural issues. From the seventies onwards, these defences became more frequent as a result of the active and critical attitude of lawyers and the impact of the ECHR on Dutch criminal law practice. The accusatory tendencies met with resistance from a practice whose orientation continued to be inquisitorial in nature. Less and less, the judge acted as an *ex officio* guardian of the interests of the defendant, which was suppo-

sed to compensate for the relatively weak position of the defendant and his counsel. The defendant, and especially his counsel, needed to actively protect the rights attached to the procedural guarantees, if these rights were not to be forfeited. Counsel's assertiveness and the concurrent revival of crime fighting caused a certain polarisation and hardening of positions. Increasing media attention for criminal law played a significant role in an era, in which public image had an immediate political impact and constituted a commercial interest. Questions were raised as to the ethics and partiality of those lawyers, who openly professed not to be bound to uncovering the actual truth where this was not in the interest of their clients. Ethical questions became a hot issue, both within and without the Bar. The core question was whether counsel should take into account the public interest of an effective justice system.

The norms relating to defence counsel's role can be derived from the provisions governing criminal procedure. Analysis of these norms shows that the Dutch Code of Criminal Procedure does not contain express norms prescribing the way in which criminal defence should be conducted. The Code contains a system of rights and powers, which may be exercised by the alleged offender and his counsel, as they see fit. Characteristic of the system is that the alleged offender has the right to defend himself and that the powers to do so are first and foremost allocated to him. Counsel's powers are derived from these. Another characteristic is that in the pre-trial investigation phase virtually all these powers can be restricted in the interest of the investigation. The Code of Criminal Procedure allocates no responsibility to defence counsel in exercising rights and powers derived from those of his client. The point of departure is that the alleged offender is *dominus litis*. At all times is he entitled to independently exercise his powers. The alleged offender has a right not to incriminate himself, which entails that counsel is not obliged, in his capacity as defender of his client's interests, to take into account the interest of the investigation or prosecution, or the interest of an efficient justice system. Where investigative or efficiency interests come under pressure, a deviation occurs from this allocation of powers. Thus, in some instances powers are granted to counsel exclusively. This is evidenced by the exceptions, developed in case law, to the principle that the alleged offender is entitled to examine the case file; the rules governing anonymous witnesses; the statutory rules on *in absentia* defences; and the requirement of written appeals and mandatory representation in last-instance proceedings before the Netherlands Supreme Court.

Apart from the powers derived from those afforded to the alleged offender, the Code of Criminal Procedure also grants separate rights and powers to counsel in his capacity as defender: access and attorney-client privilege. Unlike in the case of derived powers, the attorney bears his own responsibility in exercising these powers. He must not abuse these.

The right of access implies a right to confidential communication. The supervision and regulation of contacts between counsel and his client must not make these contacts impossible, nor affect their confidential nature. In the past twenty years, under prison law, the possibilities of visiting the alleged offender and having access by telephone have been increasingly restricted in practice and made subordinate to the internal organisation of the penal institution. In addition, su-

pervision has been tightened. As a consequence of increasing supervision, the confidentiality of contacts between counsel and his detained client has suffered. Professional privilege must assure the client that everything that comes to the knowledge of his attorney within the context of legal assistance remains confidential. In the Netherlands, professional privilege and the related duty of confidentiality are not considered to be just in the interest of the individual seeker of justice. It is also a public interest that citizens may freely address an attorney, without having to fear disclosure of what they entrusted to him or of what he learned as a result of rendering legal assistance. Public interest entails that the attorney has a separate responsibility in exercising this privilege. Clients cannot relieve him of this responsibility. Recent law relating to the application of special investigative powers and the European provisions on combating money laundering increasingly render the guarantees against infringements of professional secrecy, laid down in the Code of Criminal Procedure, subordinate to the interest of uncovering the truth.

Of the international norms relating to criminal procedure, articles 6 and 8 ECHR are of particular relevance to defence counsel and his client. In general, it can be concluded that the position of defence counsel in Dutch criminal proceedings conforms to the Strasbourg requirements. We witness a different approach, however, where the following aspects are concerned: the moment at which the right to legal assistance becomes operative; the possibilities of *in absentia* defences; the allocation of exclusive defence powers to counsel; mandatory representation and the requirement of written appeals in last-instance proceedings; the restriction of the right to free access and professional privilege.

In Chapter 3, disciplinary case law concerning defence counsel's role in criminal cases is investigated. Article 46 of the *Advocatenwet* (Attorneys Act) regulates the substance of the legal assistance attorneys render to their clients. Defence counsel's primary function is to render legal advice and assistance to clients. Core assumptions in this respect are the principle of *ex-parte* defence, safeguarding client attorney confidentiality, quality of service and supporting due process. As to the regulation of the role of criminal defence counsel, the most important conclusions drawn from disciplinary law are that the principle of the alleged offender being the *dominus litis* in relation to his counsel remains ill-defined and that disciplinary law is subservient to the search of the truth in criminal proceedings. Counsel must refrain from actions that could reasonably adversely affect the lawful uncovering of the truth by the judicial authorities. This rule applies even more so where his client has been taken into police custody or into preliminary judicial detention. If the public prosecutor or the examining magistrate also imposes statutory restrictions on the alleged offender, counsel must refrain from conduct that goes against the purpose envisaged by the imposition of such restrictions. In this type of situation, the determining factor for the judge in disciplinary cases is not the interest of the alleged offender and his counsel, but the interests of preserving the Bar's privileges when defending criminal cases and the trust placed in it. As to counsel's role at trial, media contacts and the use of procedural means, the basic assumption in disciplinary law is freedom of defence: counsel is

afforded great freedom in defending his client in the way he sees fit. The court is not quick in assuming that the limit of what is permissible has been exceeded.

In her final observations, the author concludes that the position of defence counsel in criminal cases is determined by the very nature and organisation of the criminal process. Following European continental tradition, Dutch criminal justice contains many inquisitorial elements. Criminal proceedings are an investigation into the actual truth under the supervision of the investigating, prosecuting and judicial authorities. Enforcement measures may be imposed on the alleged offender for the very purpose of uncovering the truth. Although the investigation at trial is more contradictory in nature, it is barely a forum for uncovering the truth. It rather serves to assess and review the preceding investigation into the facts. In the process of uncovering the truth, defence counsel figures only marginally. In many cases, his actions are reduced to checking the lawfulness of the coercive measures imposed and (morally) supporting his client at times when he is not examined. At crucial moments in the preliminary proceedings, counsel is kept out.

There is no difference of opinion, however, about the role of defence counsel during criminal proceedings. These are generally defined as follows: rendering legal assistance and personal support to the defendant and ascertaining observance of the rules of criminal procedure. The manner in which he performs these duties has led to considerable discussion. A recurring theme in the discussion is the area of tension between counsel's *ex-parte* defence and the interest of an efficient criminal justice system, in which uncovering the actual truth is the predominant factor. On the one hand, it is conceded that, without partiality, there is no effective defence. From the perspective of the authorities, however, defence counsel's partiality constitutes a threat. Defence counsel is the only professional participant in the proceedings, whose main concern it is to unilaterally defend the interests of his client. This entails that, to defence counsel, the interest of his client prevails over the interest of uncovering the truth. As a result of the assertive attitude of criminal defence counsel and the necessary procedural margin for alleged offenders and their counsel, granted by Strasbourg case law to effect the right to a fair trial, constructions have been devised to neutralise the "damage" to the process of uncovering the actual truth and the efficiency of criminal proceedings. If the limiting of a right of the alleged offender and his counsel is not compatible with the right to a fair trial, the exercise of that right is exclusively granted to counsel. This is done on the basis of the legal fiction that counsel is entitled to exercise these powers on behalf of his client. Another "solution" is the objectification and the limitation of the interests of the alleged offender and his counsel. As a consequence, counsel is manoeuvred into a schizoid position, because he is more or less forced to take the general interest of investigation and prosecution at heart. This conflicts with his role of *ex-parte* defender. The powers related to the defending role of counsel, i.e. access and attorney-client privilege, are also made subordinate to the interests of the investigation. In the initial phase of the investigation, during police interrogation, the principle of access must make way for investigative progress. Since the introduction of the Special Investigative Powers Act (*Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden*), attorney-client privi-

lege is no longer properly safeguarded; the interest of an effective investigation prevails.

In the final observations, a number of recommendations are offered for enhancing the inner consistency of the system of granting powers to the alleged offender and his counsel. It must be acknowledged that the alleged offender and his counsel have different procedural roles. The right of the alleged offender to defend himself and the right to be assisted by counsel are not exchangeable alternatives. Either form of defence has its own function and complements the other. In addition, defence counsel should not be granted powers to which his client is not entitled. This premise is not only relevant to preserving the right of the alleged offender to determine his own strategy, but also to preserving a relationship based on mutual trust. It will also prevent that counsel's exercise of these powers is turned into an "alibi", in that it is assumed that the rights of the alleged offender and his counsel are sufficiently respected when counsel exercises these rights. The right to legal assistance by counsel must be more precisely defined in statute in the sense that the alleged offender should be entitled to contact his counsel and consult with him whenever he sees fit, and conversely. The interests of the investigation may not be used as an argument to deprive the alleged offender of legal assistance. Procedural protection of attorney-client privilege must be improved. Rules of conduct must express more clearly that the alleged offender is *dominus litis* vis-à-vis his counsel. And, finally, the author argues for a Criminal Defence Statute, in which the key task of defence counsel in criminal proceedings is taken as a guideline to develop his more specific tasks and responsibilities. This key task is to safeguard the freedom of an individual client to defend his own interests. These tasks and responsibilities must form a consistent whole with the premises underlying the Dutch Code of Criminal Procedure and the human rights treaties.

Translated by Louise Rayar